

EAPC - Comentaris d'actualitat en matèria de personal al servei de les administracions públiques catalanes i el seu sector públic



La tramitació de procediments administratius està reservada a funcionaris públics

26-10-2020

Hi ha sentències que passen desapercibudes, fagocitades per l'actual crisi sanitària, i tenen una gran transcendència pràctica, ja que principalment impacten en les administracions que disposen d'una plantilla funcional escassa i han de recórrer a altres empleats –laborals- o a altres institucions –empreses públiques o, fins i tot, privades- per dur a terme la tramitació dels procediments administratius de la seva competència. No són inusuals els casos en què s'encomana a una empresa pública, normalment mitjà propi, la tramitació i la gestió de procediments administratius. Ens trobem amb exemples diversos, com els contractes de serveis amb empreses privades per a la col·laboració en la recaptació executiva, així com la gestió i la tramitació de subvencions, ajuts i prestacions (ingrés mínim vital, FOGASA, etc.). En tots aquests casos ja s'havia qüestionat tímidament el fet que s'externalitzaven potestats administratives que implicaven exercici d'autoritat, l'exercici de les quals, per tant, era reservat a funcionaris públics.

Aquest és el cas de què tracta la [Sentència del Tribunal Suprem de 14 de setembre de 2020, rec. núm. 5442/2019](#), que desestima el recurs de cassació interposat per l'Advocacia de l'Estat contra la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella-la Manxa (núm. 77/2019) relatiu a un procediment sancionador resolt per la Confederació Hidrogràfica del Guadiana. La Sentència confirma la nul·litat d'una sanció per la intervenció del personal d'una empresa pública – TRAGSATEC, mercantil de titularitat pública- en la tramitació del procediment sancionador, substituint els funcionaris de la Confederació.

La STS se centra a determinar si poden intervenir, i si és així amb quina intensitat, en els tràmits d'un procediment administratiu persones sense condició de funcionaris públics. En aquesta anàlisi, el TS analitza exhaustivament el grau d'intervenció del personal de l'empresa TRAGSATEC en la tramitació de procediments sancionadors. En el cas plantejat, s'afirma que no es tracta que el personal d'aquesta entitat faci funcions de mer auxili puntual en l'execució de les resolucions sancionadores que requereixin una complexitat especial o, fins i tot, que es pugui sol·licitar a l'entitat pública alguna actuació en el procediment, com seria el cas d'informes

tècnics. Es tracta que el personal aliè a Administració intervingui, de manera regular i permanent, en tot el procediment, des de la formulació de la denúncia fins a la resolució. El personal de l'empresa és qui recepciona i comunica les resolucions i elabora els informes, els dossiers i, en particular, les propostes de les resolucions més rellevants del procediment sancionador, malgrat que aquestes siguin finalment subscrietes pel personal funcionari de l'Administració.

La Sentència no qüestiona i, per tant, deixa fora de l'anàlisi la possibilitat que les empreses públiques intervinguin en el marc de les actuacions que li són pròpies, és a dir, el TS no fa cap objecció que les administracions actuïn mitjançant personal aliè quan siguin necessàries l'adquisició de béns o la realització d'obres o serveis per a la seva activitat de prestació, i que aquesta intervenció es pugui fer, com alternativa als contractes administratius, per mitjans propis.

Per fonamentar jurídicament la seva conclusió, el TS destaca, d'una banda, la importància del procediment administratiu com a mitjà a través del qual les administracions desenvolupen la seva activitat pública i exerceixen les potestats administratives que tenen atribuïdes i, de l'altra, el fet que l'exercici de les potestats públiques l'han de fer preceptivament funcionaris públics.

El TS s'esplaia especialment en aquesta qüestió i, de manera didàctica i en moltes ocasions reiterativa, teoritza sobre el procediment administratiu, els òrgans administratius i els funcionaris públics per tal de destacar la importància d'aquests elements com a garantia d'objectivitat i d'imparcialitat per als ciutadans.

L'Administració pública, com a persona jurídica, ha d'actuar mitjançant òrgans, els quals, tal com disposa l'article 5 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del règim jurídic del sector públic (LRJSP), són les unitats administratives que tenen atribuïdes funcions amb efectes jurídics davant de tercers o l'actuació de les quals té caràcter preceptiu. L'exercici concret d'una determinada activitat administrativa l'ha de desenvolupar l'òrgan administratiu que tingui assignada la competència com a pròpia, de conformitat amb l'article 8 de la LRJSP.

L'exercici de potestats públiques per part de les administracions públiques mitjançant els seus òrgans exigeix un suport subjectiu, i aquest suport són els funcionaris públics a què es refereix el text constitucional –art. 103.3 de la CE-, que desenvolupa l'article 9.2 del text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre (TREBEP). D'acord amb aquest darrer precepte, en tot cas, l'exercici de les funcions que impliquin la participació directa o indirecta en l'exercici de les potestats públiques o en la salvaguarda dels interessos generals de l'Estat i de les administracions públiques, correspon exclusivament als funcionaris públics, en els termes que estableixi la llei de desplegament de cada administració pública. Aquesta determinació respon al fet que el sistema constitucional actual consagra un model de regulació estatutària dels funcionaris públics que, en especial, en destaca la inamovilitat –art. 14.a del TREBEP-, la qual es configura com una garantia per als ciutadans, atès que confien que els interessos generals són servits per funcionaris imparcials i neutrals.

En aquest sentit, el TS recorda que per analitzar la qüestió s'ha de partir de la regla bàsica d'acord amb la qual les administracions públiques desenvolupen la seva activitat mitjançant el seu propi personal que, com a regla general, està sotmès a una relació jurídica de caràcter administratiu. Mitjançant la relació orgànica l'element humà s'adscriu a l'òrgan administratiu corresponent.

Aquesta relació estatutària genera importants drets i deures, la qual cosa és una manifestació de l'objectivitat, la imparcialitat i el sotmetiment a dret de tota l'actuació administrativa. El TS conclou el següent en aquest sentit: “No se trata pues de un mero capricho de las autoridades administrativas en una más que discrecional y arbitraria decisión de realizar la actividad administrativa por la vía funcional o de cualquier otra persona ajena a la propia Administración, sino es aquella la que da garantía al sistema y, lo que es más importante, impone nuestra Legislación.”

En la mesura que els procediments administratius són els mitjans pels quals les administracions públiques desenvolupen les seves activitats i exerceixen les seves potestats, que han d'efectuar funcionaris públics, el TS conclou que els procediments administratius els han de tramitar els funcionaris públics, la qual cosa constitueix una regla bàsica de l'estat de dret.

En resum, disposa el TS que la tramitació dels procediments administratius, atès que constitueixen l'activitat indispensable, tècnica i ordinària de les administracions, queda reservada als funcionaris públics integrats en els respectius òrgans que tenen assumides les competències corresponents. Si això és així respecte del procediment administratiu en general, amb més motiu ha de ser aplicable, com en el cas plantejat, en els procediments sancionadors en els quals s'exercita una potestat de més incidència en l'esfera dels ciutadans com a manifestació del *ius puniendi* de l'Estat.

Sobre les limitacions a la intensitat de la intervenció de personal que no té la condició de funcionari públic –personal laboral en general amb independència de la naturalesa jurídica de l'entitat on presta serveis-, el TS distingeix entre actuacions auxiliars en el marc del procediment administratiu i altres actuacions permeses.

El TS recorda que les administracions públiques es poden auxiliar de personal no funcionari en la tramitació dels procediments administratius quan puntualment s'hagi de sol·licitar alguna actuació del tipus d'informe tècnic que amb els propis mitjans de l'Administració seria de difícil realització. Admet l'auxili de tercers fora del que és estrictament el procediment, com és el cas de l'execució material del que decideixi la resolució corresponent que posa fi al procediment, però no en la tramitació. Entén que no és admissible distingir dins del procediment entre actuacions essencials i accessòries a l'efecte de sotmetre-les a un règim jurídic diferent, i pretendre reservar les primeres als funcionaris i les accessòries a la resta de personal. Actuar d'aquesta manera, diu el TS, és desconèixer la rellevància de cada tràmit que integra el procediment perquè sovint les actuacions accessòries condicionen la tramitació mateixa i, en especial, la resolució que posa fi al procediment. Torna a recordar que la intervenció del personal funcionari és indispensable i no només perquè és un personal específicament idoni per la seva formació contrastada sinó perquè constitueix una garantia per als ciutadans de la tramitació correcta dels procediments. Tot i així, reconeix que no s'ha de desmerèixer la capacitat i la formació del personal que les empreses públiques posen al servei de l'Administració, la qual cosa en cap cas es qüestiona, sinó que es tracta simplement que no se'n pot presumir la capacitat tècnica i especialitzada, l'objectivitat, la imparcialitat i la responsabilitat que sí que s'ha de presumir dels funcionaris públics, atès que el seu estatut està orientat precisament a l'assoliment de les exigències que imposa l'activitat administrativa.

En relació amb la intervenció de l'empresa pública en el cas objecte de recurs, es recorda que és freqüent que les administracions comptin amb col·laboració externa per prestar serveis públics, tècnica coneguda com "externalització". Però aquest no és el cas que es debat, atès que no es tracta d'un servei públic com a tal sinó d'una actuació administrativa que genera actes administratius i, per aquest motiu, no és que l'Administració externalitzi un servei públic sinó que el que fa és externalitzar l'Administració mateixa, amb la qual cosa, diu el TS, deixa de ser administració, amb el corresponent oblit d'una exigència constitucional. Finalment, el TS endureix el seu discurs i diu que no ens trobem amb l'anomenada "fugida del dret administratiu", sinó que aquesta manera de procedir no és més que una privatització encoberta d'un servei que ha estat reservat al sector públic com una de les conquestes primàries del dret administratiu.

La intensitat de la intervenció en els procediments sancionadors dels empleats de l'empresa pública és determinant perquè el TS declari que es vulnera el dret de defensa i que es produeix la indefensió consegüent amb la nul·litat de la resolució sancionadora. L'instructor funcionari és qui ha d'examinar les alegacions i el material probatori que aporta l'expedientat i no és suficient que es limiti a examinar un material prèviament refet o reciclat per terceres persones. La persona expedientada no ha de suportar que les seves alegacions arribin a l'instructor i a l'òrgan resolutori de l'expedient sancionador filtrats, traduïts i resumits. La intervenció dels òrgans competents no es pot fer sobre la base de propostes, informes o dossiers dels empleats de l'empresa pública, que són els que tenen contacte directe i exclusiu sobre les actuacions, perquè amb la qual cosa s'arriba a l'absurda conclusió que l'òrgan competent o bé accepta la proposta o bé ha de revisar tot l'expedient per determinar-ne la idoneïtat i la legalitat.

El TS surt al pas de les diferents justificacions de la part demandada. D'una banda, no accepta la justificació de la manca de personal de l'Administració i de l'excessiu volum d'expedients per tramitar, i recorda que aquesta circumstància, que no és ni imprevisible ni sobrevinguda, obliga a fer una planificació adequada del personal, d'acord amb la normativa de funció pública. D'altra banda, i a l'efecte d'evitar la nul·litat de les actuacions, la defensa argumenta la inexistència d'indefensió en atenció que no es pot negar que el procediment ha existit; no obstant això, el TS desestima l'argumentació sobre la base que no es pot contrastar com s'hagués tramitat el procediment amb la intervenció del personal funcionari competent per fer-ho.

La conclusió de la STS és clara: la tramitació dels procediments sancionadors incoats per les administracions públiques, l'han de dur a terme funcionaris, sense que sigui admissible que, de manera permanent i contínua, s'encarreguin funcions d'auxili material o d'assistència tècnica a empreses públiques. La intervenció de personal que no sigui funcionari comporta la nul·litat de ple dret de tot l'expedient per vulneració del dret fonamental a la defensa de la persona interessada (art. 24 de la CE).

Es tracta d'una sentència amb importants repercussions que cal tenir mot present perquè deixa clar que la tramitació de procediments administratius (sancionadors, expropiacions, subvencions, etc.), l'han de dur a terme funcionaris públics (a la participació de funcionaris interins en l'exercici de funcions que impliquen potestats públiques ja tindrem ocasió de dedicar-li alguna reflexió) i la intervenció de terceres persones (personal laboral) porta aparellada la conseqüència més contundent: la nul·litat radical de tots els actes dels procediments, incloent-hi la resolució que hi posa fi.



Isidre Estivill i Galdón

Subdirector general d'Ordenació Jurídica i d'Inspecció General de Serveis de Personal de la
Direcció General de Funció Pública